

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

PÂMELA DE SÁ

**A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA, A EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

CRICIÚMA

2012

PÂMELA DE SÁ

**A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA, A EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Monografia apresentada ao Setor de
graduação da Universidade do Extremo Sul
Catarinense- UNESC, para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o MSc. Mauricio Muriack de
Fernandes e Peixoto

CRICIÚMA

2012

**Dedico à minha mãe Sandra, a minha irmã
do coração Regiane e ao meu namorado
Italo.**

AGRADECIMENTOS

Primeiro agradeço a Deus, em seguida aos meus familiares e amigos que apesar de sempre por perto, me aguentaram nesta fase atormentadora.

Agradeço aos professores que me acompanharam na jornada acadêmica e em especial ao meu orientador Mauricio Muriack que com muita paciência me guiou nesta pesquisa.

E por fim, a turma que durante cinco anos permaneceu unida, tantos nas horas de estudo, quanto nas festas.

“O preso, ao ser encarcerado, perdeu apenas a liberdade e não a alma, a dignidade, a vida”

Domingos Dutra

RESUMO

O presente trabalho busca elucidar o problema da superlotação carcerária, os direitos dos presos que não estão sendo aplicados, e se é possível a indenização em virtude disso.

Partindo de uma análise dos direitos dos apenados que estão sendo cerceados devido a essa condição, os direitos fundamentais serão aprofundados, e discutidos até chegarmos ao terceiro capítulo que trata da responsabilidade civil do Estado, em face do apenado, quando este pleitear indenização moral e material devido às condições desumanas que ficam expostos enquanto estão sob custódia do Estado nos estabelecimentos carcerários.

Dessa forma a presente pesquisa será feita pelo método hipotético- dedutivo, para tanto a metodologia utilizada será também pesquisa teórica, feita através de material bibliográfico e dados oficiais. Já quanto à modalidade de pesquisa, será utilizada a pesquisa descritiva, não propondo soluções, mas visando a interpretação dos fenômenos e a contribuição no sentido de promover uma análise rigorosa do objeto da pesquisa.

Palavras-chave: Direitos da população carcerária. Superlotação. Responsabilidade civil do Estado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 Conceito, Natureza, Características e Dimensões	11
2.2 Direitos Constitucionais da População Carcerária	14
2.2.1 Direitos à Vida.....	15
2.2.2 Princípio da Legalidade	15
2.2.3 Tortura.....	15
2.2.4 Intimidade e Vida Privada.....	16
2.2.5 Integridade Física e oral.....	16
2.3 Direito Humanos e Tratados Internacionais.....	16
2.3.1 Direitos Humanos.....	17
2.3.2 Tratados Internacionais.....	17
2.3.2.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	18
2.3.2.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	19
2.3.2.3 Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	19
2.4 Direitos da População Carcerária na Legislação Ordinária	20
3 SURGIMENTO DA PENA.....	25
3.1 Sistema Penal	23
3.1.1 Nascimento das Prisões.....	27
3.1.1.1 Sistema Panóptico	28
3.1.1.2 Sistema Filadélfia	28
3.1.1.3 Sistema Auburn.....	29
3.1.1.4 Sistema Montesinos.....	30
3.1.1.5 Sistema Progressivo Inglês	30

3.1.1.6 Sistema Progressivo Irlândes.....	31
3.2 Realidade das Nossas Prisões	32
3.3 Questão Específica da Superlotação.....	35
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	38
4.1 Conceito, Espécie, Natureza, Teoria da Responsabilidade Civil.....	38
4.2 Peculiaridades da Responsabilidade Civil por Omissão do Estado	42
4.3 A Jurisprudência e a Responsabilidade Civil na Crise Carcerária	44
4.4 Análise do Precedente Recurso Especial 962934-MS do STJ.....	45
5 CONCLUSÃO.....	50
6 REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende esclarecer os direitos que amparam os presos, e estão sendo cerceados. A mídia muito nos mostra as condições em que os presos se encontram, e apesar de terem seus direitos positivados poucos são os aplicados.

É com essa problemática que trazemos a questão da superlotação carcerária, a raiz dos problemas que hoje afligem nossos estabelecimentos penais; será discutido de onde surgiu esse mal, e uma forma de abrandá-lo.

Outro ponto que será abordado é a questão da responsabilidade civil do Estado no que diz respeito aos direitos dos presos que não estão sendo aplicados. Estes, conscientes de seus direitos estão inovando e pleiteando danos morais e materiais em face do Estado, pois eles estão à disposição do Estado para cumprirem sua pena, mas as condições apresentadas para o cumprimento em nada favorecem a recuperação do preso.

Assim, no primeiro capítulo, serão apresentados, em apanhado, tratados, normas e as leis que agasalham os presos, e os protegem para que cumpram sua pena em condições humanamente razoáveis, dentro de um mínimo existencial.

Um segundo momento, se versará quanto ao surgimento da pena, e sua finalidade, bem como das prisões, para que fique clara a distorção que se deu no sistema carcerário. Ainda, a realidade carcerária será apresentada por meio de fatos verídicos.

E por fim, o terceiro e último capítulo desta pesquisa trará a responsabilidade civil do Estado que apesar de muitos embates jurídicos travados sobre os danos causados às pessoas, está abrindo precedentes na questão aqui defendida, os quais serão discutidos através de uma análise jurisprudencial.

Nesse sentido, será exposto o controle que o Estado exerce nas condições de cumprimento das penas em regime fechado, e quais as formas de responsabilizá-lo pela imposição de condições sub-humanas aos apenados, partindo da responsabilidade civil do Estado até a possível indenização que o preso exposto a tal condição terá direito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO, NATUREZA, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES

Os direitos fundamentais são conhecidos sob as mais diversas nomenclaturas, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc. (BULOS, 2008, p. 404)

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 385) elucida que os direitos fundamentais podem ter as classificações doutrinárias e históricas divididas da seguinte forma: direitos do homem e direitos fundamentais; direitos do homem e direitos do cidadão; direitos naturais e civis; direitos civis e liberdades, ou direitos políticos; direitos civis e direitos, ou liberdades individuais; direitos e liberdades públicas; direitos e garantias; direitos fundamentais e direitos de personalidade; direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais; direitos fundamentais e garantias institucionais.

Tratando dos direitos fundamentais, em sua definição:

[...] são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garante a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. (CANOTILHO, 2003, p. 385)

Bulos (2008, p. 404) ensina que o homem sem os respectivos direitos, não vive, convive, ou ainda não sobrevive.

Ainda, os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, elucida Bonavides (2006, p. 560), o qual complementa afirmando que os direitos fundamentais propriamente ditos, os direitos do homem livre e isolado, são direitos que este possui em face do Estado (CARL SCHMITT, 1954 apud Bonavides, 2006, p.561)

Os direitos tratados aqui trazem em suas normas natureza constitucional, pois, na medida em que se integram no texto constitucional, cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas

definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. (SILVA, 2007, p. 179)

Moraes (2003, p. 42) complementa, ao tratar da natureza constitucional dos direitos fundamentais elucida que, em regra, as normas pilares dos direitos são de eficácia e aplicabilidade imediata.

Muitas são as características dos direitos fundamentais apontadas pelos doutrinadores, o rol a seguir apresentado são as principais, em que diversos doutrinadores concordam:

- **Historicidade** – derivam de uma longa evolução, participando de um contexto histórico delimitado. Não são obras da natureza, mas sim da espécie humana transformando-se conforme a necessidade, tendo como exemplo o direito de propriedade, ensina Bulos (2008, p. 409)

- **Universalidade** – destina-se de modo indiscriminado a todos os indivíduos, independente de raça, cor, idade etc. E como exemplo, utilizamos o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). (BULOS, 2008, p. 409)

- **Limitado/Relativo** – os direitos fundamentais não são absolutos, dando ensejo a conflitos. Nesses casos, cabe a Constituição resolver a desordem, e em caso de ela não ser eficaz, resta ao interprete ou magistrado solucionar, isso sempre considerando a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos ao decidir qual direito deve prevalecer, leciona Lenza.(2008, p. 590)

- **Cumuláveis/Concorrentes** – podem ser exercidos ao mesmo tempo. E para ilustrar Lenza (2008, p. 590) traz a situação de quando um jornalista após transmitir a notícia (direito de informação) dá a sua opinião (liberdade de manifestação de pensamento).

- **Irrenunciáveis** – pode ocorrer de não ser exercido, mas nunca a sua renunciabilidade. Neste caso, Bulos (2008, p. 409) traz a situação de um não ajuizamento do mandado de segurança, algo que não o retira da Constituição (CF, art 5º, LXIX).

- **Inalienáveis** – como são conferidos a todos são indisponíveis. Seus titulares não podem vendê-los por não terem conteúdo econômico. Aqui, Bulos

(2008, p. 409) apresenta a função social da propriedade, pois ela não pode ser vendida, porque não é um bem disponível (CF, art. 5, XXIII).

- Imprescritíveis - não prescrevem, em virtude de que não possuem caráter patrimonial. Nesta situação, Bulos (2008, p. 409) cita o direito à vida (CF, art. 5 *caput*).

Por conta do gradativo aumento do rol de direitos fundamentais, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo, alguns autores classificam os Direitos Fundamentais em dimensões, a fim de identificar o tempo em que surgiram no Direito e, principalmente, delinear suas características básicas.

Com base nos estudos de Lenza (2008), qualificamos a primeira geração como a que menciona direitos que dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos que traduzem o valor de liberdade, como a Magna Carta de 1215 outorgada pelo rei inglês “João Sem-Terra”.

A segunda geração como a que privilegia os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo ao direito de Igualdade, já que sua existência se deu em meio à Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial.

E a terceira geração engloba os chamados direitos de solidariedade, são os direitos difusos em geral, devido a preocupação com a preservação do meio ambiente e as dificuldades para proteção do consumidor; por fim, temos a quarta geração a qual trata dos direitos relativos à engenharia genética, que pode pôr em risco toda a existência humana.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) –que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos da terceira geração, que materializam poderem de titularidade coletiva atribuídas genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essência de inexauribilidade. (Supremo Tribunal Federal, – Pleno – MS 22.164/SP – Rel. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995. p. 238)

A história dos direitos fundamentais está ligada à evolução filosófica dos chamados “direitos humanos” como direitos de liberdade, atrelados à natureza humana.

É importante ressaltar que a efetivação dos direitos fundamentais é uma das grandes questões que se apresentam na sociedade contemporânea. Como afirma Bobbio:

[...] não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. (BOBBIO, 2004, p. 43-44)

2.2 DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Inicialmente, cabe apresentar a ideia de Sarlet:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (2006, p.59)

O autor, evidencia que a dignidade humana, considerado um princípio fundamental da pessoa humana, deve ser assegurado a qualquer pessoa, pois em regra todos -“mesmo o maior dos criminosos” – possuem o atributo intrínseco da pessoa humana, ainda que não se comportem dignamente com seus semelhantes. (SARLET, 2006, p. 43-44)

Dessa forma, apresentamos os direitos constitucionais da população carcerária, que consoante ao pensamento exposto anteriormente, não recebem tratamento digno, apesar de sua condição humana.

A nossa Carta Magna em seu artigo 5^a expõe:

Art.5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão **em virtude de lei**.

III - ninguém será **submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante**. [...]

X – **são invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. [...]

XLIX - é assegurado aos presos o **respeito à integridade física e moral**.

Este verdadeiro rol de direitos fundamentais dos presidiários merece uma atenção especial e detalhada, o que se faz nos itens seguintes.

2.2.1 DIREITO À VIDA

Assegurado no *caput* do artigo da CRFB/88, dá ao Estado um duplo compromisso, sendo um a obrigação de manter vivo, aqueles que não tenham recursos para sua subsistência, ou que sejam incapazes de consegui-los; e o outro, o de realizar governos adequados para uma sociedade com um “nível mínimo de vida digna da pessoa humana”. (MORAES, 2003, p. 87-88) Obviamente, no que concerne à população carcerária, cabe ao Estado adotar as medidas cabíveis a que se garanta a intangibilidade do direito à vida dos presos que se encontram em sua custódia.

2.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O inciso II do artigo 5º, tem por finalidade combater o poder arbitrário do Estado. Cabe esclarecer que as leis, passam por um processo legislativo para serem criadas, e assim, podem ser interpretadas como a vontade geral, logo, limita o poder do Estado. (MORAES, 2003, p. 106)

2.2.3 TORTURA

Quanto ao tratamento digno merecido pelos presos, o inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, proíbe a aplicação de penas cruéis.

Moraes (2003, p. 243), assegura que o Estado em sua legislação, não poder prever e aplicar penas que provoquem sofrimentos intensos ou/e humilhação. Ainda, que essa regra encontra guarida no art. 16 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Pena Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1984, que estabelece que “cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território

sob a jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”.

2.2.4 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Acerca desse assunto, Mendes explica que há discussões a respeito da distinção de intimidade e vida privada, assim, ele usa o termo privacidade em sua obra para abranger todo o tema.

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria sanidade mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação. (2008, p. 378)

2.2.5 INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL

Ao Estado ainda, resta assegurar ao preso, e integridade física e moral, sobre esse assunto Stoco elucida:

O preso, a partir da sua prisão ou detenção é submetido à guarda, vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a **tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas**, seja por parte de seus próprios agentes, seja da parte de companheiros de cela ou outros reclusos com os quais mantém contato, ainda que esporádico. (2007, p. 1.166-1.167) (grifou-se)

2.3 DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS

A população carcerária, ainda, tem direito à efetividade dos direitos humanos que são aplicáveis à ordem interna em face de tratados internacionais dos quais foi signatária a República Federativa do Brasil.

A necessidade primordial de proteção e efetividade aos direitos humanos possibilitou, em nível internacional, o surgimento de uma disciplina autônoma ao direito internacional público, denominada Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja finalidade precípua consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas

gerais tuteladoras de bens na vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de implementação dos mesmos. (MORAES, 2003, p. 35)

2.3.1 DIREITOS HUMANOS

Direitos do homem ou direitos humanos, para Comparato (1999, p. 45-46) é quase um pleonismo, afinal tratam-se de algo que é próprio da condição humana, sem dependência de particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Segundo Luño, citado por Tavares (2008, p. 362) no que se refere ao conceito de direitos humanos:

Conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Trazendo novamente Comparato (1999, p. 47), este explica que a existência desses direitos se dá pela consciência ética da sociedade de que a dignidade da pessoa humana merece o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância.

2.3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS

Para tratar do tema, trazemos a ideia de Mazzuoli o qual menciona em sua obra:

Os tratados internacionais são superiores às leis internas: eles revogam as normas domésticas anteriores que lhes sejam contrárias e devem ser observados pelas que lhes sobrevenham. Todas as leis posteriores – diz claramente accioly – não devem estar em contradição com as regras e princípios estabelecidos pelos tratados; e, finalmente, qualquer lei interna que com eles se relacionem deve ser interpretada, tanto quanto possível, de acordo com o direito convencional anterior. (ACCIOLY, 1998 apud MAZZUOLI, 2010, p.57-58)

Complementando, afirma que em geral os tratados internacionais tem superioridade hierárquica em relação às demais normas infraconstitucionais.

A qualidade supralegal dos tratados foi ventilada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em seu boletim informativo nº 531, ao tratar da prisão civil do depositário infiel perante o Pacto de São José da Costa Rica julgou:

“Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP.¹

2.3.2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, Bobbio acerca deste assunto leciona:

Não será inútil lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem começa afirmando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, dá justiça e da *paz* no mundo”, e que, essas palavras se associa diretamente a Carta da ONU, na qual, à declaração de que é necessário “salvar as gerações futuras do flagelo da guerra”, segue-se logo depois a reafirmação da fé nos direitos fundamentais do homem. (2004, p. 203-204)

Destarte, a Declaração objetiva guardar um mínimo de proteção da dignidade humana, ou seja, um mínimo ético imprescindível a ser proporcionado pela sociedade internacional. E desde seu preâmbulo ela afirma o direito à dignidade própria da pessoa humana, titular de direitos idênticos e inalienáveis. (PIOVESAN, 2008, p.19-20)

Conforme se depreende da referida Declaração:

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Na esfera de direito interno, Mazzuoli (2010, p. 810) afirma que a referida Declaração serviu de paradigma para a construção da nossa Constituição de 1988,

¹ Informativo 531 do STF. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm#Prisão Civil e Depositário Infiel - 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm#Prisao%20Civil%20e%20Depositario%20Infiel). Acesso em 17/04/2012.

a qual “copiou” diversos dispositivos da Declaração, evidenciando que o direito brasileiro esta integrado com o direito internacional de proteção aos direitos humanos.

Conforme artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”

2.3.2.2 PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Esse ajuste apresenta um rol de direitos civis e políticos mais amplo, que o da Declaração Universal, e é mais rigoroso quanto às obrigações do Estados em respeitar os direitos aqui versados. (MAZZUOLI, 2010, p. 814)

Em importante artigo, impõe o tratamento que deve ser conferido a pessoa privada de liberdade, conforme Art. 10.1: Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”

2.3.2.3 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

O sistema americano ora em exame, tem por principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, entrou em vigor em 1978, sendo firmada por 25 (vinte e cinco) dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Convenção Americana reconhece e assegura uma relação de direitos civis e políticos, similar à disposta no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entre os quais se destacam: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial. (PIOVESAN, 2000, p. 30)

Cabe trazer o art. 5º da referida Convenção, o qual se refere ao direito à integridade pessoal:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano[...].

2.4 DIREITOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

A principal norma neste contexto é a Lei de Execução Penal - LEP n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, a qual se fundamenta em dois objetivos, o primeiro que consiste em efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal ², que significa o efetivo cumprimento no disposto da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, buscando conseguir a ressocialização do indivíduo e a prevenção dos delitos. (BARCELOS, 2008, p. 62)

O segundo é o de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado³, ofertando meios necessários para a ressocialização e a reintegração na sociedade dos condenados e dos submetidos à medida de segurança. (BARCELOS, 2008, p. 62)

A legislação infraconstitucional, além da Lei de Execução Penal, concebeu leis, decretos e portarias que auxiliam no extermínio das lacunas do sistema carcerário brasileiro, os quais foram observados na CPI do Sistema Penitenciário:

- I) Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;
- II) Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal;
- III) Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal;
- IV) Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994 – Cria o FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) e dá outras providências;
- V) Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências;
- VI) Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001 – Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal;
- VII) Lei n.º 10.693, de 25 de junho de 2003 – Cria a Carreira de Agente Penitenciário Federal no Quadro de Pessoal do Ministério da Justiça e dá outras providências.

Por fim, no que guarda pertinência com a legislação infralegal, diversos diplomas normativos não de ser sobrelevados, a saber:

Decretos do Poder Executivo

- I) Decreto n.º 1.093, de 23 de março de 1994 – Regulamenta a Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994, que cria o FUNPEN, e dá outras providências;

² Lei 7210/1984, de 11 de julho de 1984, dispõe sobre a Lei de Execução Penal, artigo 1º.

³ Lei 7210/1984, de 11 de julho de 1984, dispõe sobre a Lei de Execução Penal, artigo 1º.

II) Decreto n.º 6.049, de 27 de fevereiro de 2007 – Aprova o Regulamento Penitenciário Federal;

III) Decreto n.º 6.061, de 15 de março de 2007 – Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Departamento Penitenciário Nacional, e dá outras providências.

Portarias Ministeriais

I) Portaria n.º 674 do Ministério da Justiça, de 20 de março de 2008 – Aprova o Regimento Interno do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN;

II) Portaria n.º 2.065 do Ministério da Justiça, de 12 de dezembro de 2007 – Define os procedimentos da Comissão Técnica de Classificação e dá outras providências;

III) Portaria n.º 240 do Ministério da Saúde, de 31 de janeiro de 2007 – Publica os novos valores de custeio do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário;

IV) Portaria n.º 277 do Ministério da Justiça, de 13 de março de 2006 – Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP;

V) Portaria n.º 156 do Ministério da Justiça, de 06 de fevereiro de 2006 – Dispõe sobre o Regimento Interno do Departamento Penitenciário Nacional;

VI) Portaria n.º 153 do Ministério da Justiça, de 27 de fevereiro de 2002 – Institui, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas;

VII) Portaria n.º 3.343 dos Ministérios da Justiça e da Saúde, de 28 de dezembro de 2006 – Altera os valores do Incentivo para ação parlamentar 321 CPI do Sistema Carcerário Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário e dá outras providências;

VIII) Portaria n.º 1.778 dos Ministérios da Justiça e da Saúde, de 09 de setembro de 2003 – Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário;

IX) Portaria n.º 1.777 dos Ministérios da Justiça e da Saúde, de 09 de setembro de 2003 – Define repasse de recursos financeiros às Unidades Federadas que deram início ao processo de implantação de ações e serviços de saúde em unidades prisionais, conforme pactuado em reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), em 14 de agosto de 2003.

Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)

I) Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994 – Trata das regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil;

II) Resolução n.º 1, de 20 de março de 2003 – Aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil;

III) Resolução n.º 5, de 19 de julho de 1999 – Dispõe sobre as Diretrizes Básicas da Política Criminal e Penitenciária;

IV) Resolução n.º 07, de 15 de março de 2003 – Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários;

V) Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 – Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

VI) Resolução n.º 03, de 23 de setembro de 2005 – Edita as Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais, conforme constam dos Anexos de I a X desta Resolução, revogado o disposto na Resolução n.º 16, de 12 de dezembro de 1994;

VII) Resolução n.º 02, de 12 de março de 2007 – Recomenda aos Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal o ação parlamentar 322 Relatório Final cumprimento fiel do disposto no art. 70, III da Lei nº 7.210, de 11.07.1984;

- VIII) Resolução n.º 12, de 07 de dezembro de 2006 – Alteração na redação da Resolução n.º 03/2005, que trata das Diretrizes Básicas para Construção, Ampliação e Reforma de Estabelecimentos Penais;
- IX) Resolução n.º 09, de 12 de julho de 2006 – Recomenda a adoção de procedimentos quanto à revista nos visitantes, servidores ou prestadores de serviços e/ou nos presos, e dá outras providências;
- X) Resolução n.º 08, de 30 de maio de 2006 – Define garantias aos advogados;
- XI) Resolução n.º 04, de 09 de maio de 2006 – Define os objetivos a serem alcançados para liberação dos recursos do Funpen;
- XII) Resolução n.º 07, de 09 de maio de 2006 – Aprova o modelo de Relatório de Inspeção em Estabelecimento Penal;
- XIII) Resolução n.º 05, de 09 de maio de 2006 – Sugere as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;
- XIV) Resolução n.º 05, de 4 de maio de 2004 – Dispõe a respeito das Diretrizes para o Cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001;
- XV) Resolução n.º 03, de 4 de maio de 2004 – Recomenda a adoção do Programa “De volta para Casa”, do Ministério da Saúde;
- XVI) Resolução n.º 04, de 4 de maio de 2004 – Altera a Resolução de nº 02 de 27 de março de 2001 que dispõe sobre a liberação de recursos financeiros, de competência do DEPEN;
- XVII) Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 – Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;
- XVIII) Resolução n.º 15, de 10 de dezembro de 2003 – Dispõe a respeito da criação da CENAE – Central Nacional de Apoio ao Egresso, no âmbito do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;
- XIX) Resolução n.º 12, de 09 de junho de 2003 – Encaminha à Secretaria Nacional de Justiça as normas para avaliação e controle epidemiológico da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG);
- XX) Resolução n.º 08, de 12 de maio de 2003 – Normas para avaliação e controle epidemiológico da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG);
- XXI) Resolução n.º 04, de 27 de agosto de 2001 – Dispõe a respeito do incentivo e da implementação à Assistência ao Egresso, pelos Patronatos Públicos ou Particulares;
- XXII) Resolução n.º 05, de 19 de julho de 1999.

Portarias do departamento penitenciário nacional – DEPEN

- I) Portaria n.º 42, de 24 de agosto de 2004 – Determina que todos os Estados que firmarem novos convênios com o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) têm a obrigação de atualizar o Infopen;
- II) Portaria n.º 38, de 10 de março de 2008 – Disciplina o procedimento de apuração de faltas disciplinares praticadas por presos no âmbito das penitenciárias federais, e dá outras providências;
- III) Portaria n.º 162, de 22 de novembro de 2007 – Relaciona os objetos dos instrumentos de transferência de recursos passíveis de padronização;
- IV) Portaria n.º 157, de 05 de novembro de 2007 – Disciplina o procedimento da revista para acesso às penitenciárias federais;
- V) Portaria n.º 136, de 28 de setembro de 2007 – Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos ação parlamentar 324 Relatório Final do Fundo Penitenciário Nacional no exercício de 2008, e dá outras providências;
- VI) Portaria n.º 127, de 20 de setembro de 2007 – Institui a e nomeia a Comissão de Monitoramento e Avaliação das Ações do Departamento Penitenciário Nacional, no âmbito do PRONASCI;
- VII) Portaria n.º 123, de 19 de setembro de 2007 – Disciplina os objetos e materiais cuja posse é permitida pelos presos nas penitenciárias federais;

- VIII) Portaria n.º 122, de 19 de setembro de 2007 – Disciplina o procedimento de visitas aos presos nos estabelecimentos penais federais, e dá outras providências;
- IX) Portaria n.º 120, de 19 de setembro de 2007 – Disciplina a prestação da Assistência Religiosa nos estabelecimentos penais federais;
- X) Portaria n.º 116, de 30 de agosto de 2007 – Reduz os limites mínimos de contrapartida para os Estados e o Distrito Federal, fixados no art. 43, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007;
- XI) Portaria n.º 38, de 16 de março 2007 – Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos do Fundo Penitenciário Nacional no exercício de 2007, e dá outras providências;
- XII) Portaria n.º 22, de 28 de fevereiro de 2007 – Proíbe a entrada, permanência ou uso de aparelho de telefonia móvel celular, bem como seus acessórios, e de qualquer outro equipamento ou dispositivo eletrônico de comunicação, capaz de transmitir ou receber sinais eletromagnéticos, no interior das penitenciárias federais;
- XIII) Portaria n.º 28, de 14 de junho de 2006 – Dispõe sobre a emissão do porte de arma de fogo ao Agente Penitenciário Federal, estabelece norma para o uso do armamento e adota outras providências;
- XIV) Portaria n.º 22, de 17 de maio de 2006 – Estabelece prioridades, prazos, procedimentos e critérios para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos do Fundo Penitenciário Nacional, e dá outras providências;
- XV) Portaria n.º 4, de 10 de fevereiro de 2006 – Disciplina o monitoramento e a avaliação de ações, projetos e atividades financiadas com recursos do Fundo Penitenciário Nacional, e dá outras providências;
- XVI) Portaria n.º 39, de 15 de julho de 2005 – Aprova novos fundamentos de política e diretrizes para o financiamento de ações ou atividades situadas no contexto da educação em serviços penais, e fixa prazo para o recebimento dos Projetos Político-Pedagógicos das Unidades da Federação, visando ao estabelecimento de cooperação técnica e financeira com a União;
- XVII) Portaria n.º 033, de 22 de abril de 2005 – Define os objetivos, diretrizes e procedimentos operacionais do programa destinado à construção de estabelecimentos penais nos Estados e Distrito Federal para aplicação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, integrantes do Orçamento Geral da União do exercício de 2005. Manual de Diretrizes Gerais e Procedimentos Operacionais.

Outros diplomas normativos

- I – Resolução CJF/STJ nº 502, de 9 de maio de 2006 – Regulamenta os procedimentos de inclusão e de transferência de pessoas presas para unidades do Sistema Penitenciário Federal;⁴

Cumpra assinalar que este rol de direitos legais e infra-legais da população carcerária também deve ser obedecido e seguido por todos os Entes da Federação, uma vez que compete à União o papel de legislar privativamente sobre direito penitenciário, na forma do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, e vários direitos relevantes, como o direito ao trabalho, à educação, à alimentação, a ser colocado em ambiente minimamente não-insalubre, estão expressa e pormenorizadamente preconizados em tal legislação.

⁴ CPI do Sistema Penitenciário. Deputado Domingos Dutra. 2008. pag. 319.

3 SURGIMENTO DA PENA

A pena é uma instituição muito antiga, ela está presente desde os primórdios da civilização, e desde o seu surgimento tem sido questionada. Inicialmente, foi criada para resguardar a moral, a espécie e a integridade dos povos, e era qualificada como uma forma de retribuição e intimidação pelo dano causado, enquanto atualmente a pena busca recuperar e reeducar. (OLIVEIRA, 1996, p. 21)

No início, as formas de penalizar quem agisse contra os costumes era por meio da perda da paz e da vingança do sangue. A primeira consistia em banir o delinquente da tribo, para que os outros membros não se contaminassem com a sua atitude, e dessa forma o penalizado ficasse à mercê de outros grupos ou de animais selvagens que lhe infligiam, para que fosse morto. (LEAL, 2004, p. 65)

Caso a violação fosse praticada por uma pessoa estranha à tribo, a forma de punição era vingança do sangue, que consistia em uma verdadeira guerra entre o grupo ofendido e o bando do ofensor, o que poderia ocasionar na extinção de um dele. (LEAL, 2004, p. 66)

Para Mirabete (1997, p. 33/34) os citados meios, perda da paz e da vingança do sangue, são elementos da chamada fase da vingança privada, que com o tempo é substituída pela Lei de Talião, a qual defende a prática do “olho por olho, dente por dente”, isso com o objetivo de se evitar uma dizimação total das tribos.

Como exemplo claro da adoção do talião, na Bíblia observa-se em Gênesis, IX, 6: “Aquele que derramar o sangue de alguém, será punido com a efusão do próprio sangue”. E em Deuterônimo, XIX, 21: “Retribuireis vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”. Em Números, XXXV, 19: “O parente do morto matará o assassino”.

Posteriormente, criou-se a composição, outra forma de punir o delinquente, ela possibilitava a transferência do aspecto pessoal para o patrimonial. Assim, o ofensor poderia comprar a sua liberdade, dando ensejo às multas e indenizações que hoje conhecemos, mas naquela época com gados e moedas. (MIRABETE, 1997, p. 34)

Com o tempo, com a influencia religiosa das tribos nasceu a vingança divina, transformando a pena em oferenda aos deuses adorados na época, as ditas penas eram fixadas pelos sacerdotes, que atribuíam castigos cruéis e desumanos.

Como documento de feição religiosa tem-se na época o Código de Manu. (MIRABETE, 1997, p. 34)

Com os povos se organizando socialmente, culminou-se na vingança pública, possuindo ainda o caráter religioso, mas agora o objetivo era a segurança do Estado, e de quem o estava governando. Após esse período, a pena perdeu essa carga religiosa. (MIRABETE, 1997, p. 34)

Completando essa fase da evolução, Oliveira explica:

A história penal dos povos antigos apresenta uma reação primitiva de caráter religioso, em conexão com o sistema de talião e da composição. O Direito aparece envolto por princípios religiosos. A Religião era o próprio Direito, posto que imbuído de espírito místico. Assim, o delito era uma ofensa à divindade que por sua vez ultrajada, atingia a sociedade inteira. (1996, p. 25)

Outro período importante da história é elucidado por Oliveira:

Só com a “Leges Jiliae”, de Cesar e Augusto criou-se o “Ordo Judicorum Publicorum”, ocasião em que, para cada delito, se cominava uma pena fixada por lei “poena legitima” e, finalmente, com a distinção sistemática estabelecida pelos romanos entre crime público e privado, “crimina publica e delicta privata”, a pena se torna definitivamente pública, para, num segundo momento, ser aplicada pelo arbítrio judicial, onde, a partir do séc. II, os Tribunais Especiais conduziam e julgavam processos com inteira liberdade e o mais desumano rigor. (1996, p. 34)

3.1 SISTEMA PENAL

Garcia classificou cada período histórico das prisões conforme sua função, assim, tem-se que até o século XVIII se objetivava punir, já no século XIX a meta era vigiar, por fim, o nosso século XX busca-se controlar seus presídios. (apud OLIVEIRA, 2009, p. 124)

Neste sentido, o filósofo Beccaria (2004, p. 23), ilustra em sua obra a estadia na prisão no fim do século XVIII da seguinte forma: “aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza.”

Foucault explica:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai extinguindo. Nessa transformação, misturam-se dois processos. Não tiveram nem a mesma

cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas o novo ato de procedimento ou de administração. (1987, p. 12)

Foi dessa forma que se deu início ao século XIX, onde a prisão foi promulgada como principal forma de punição institucional no Brasil, e o sistema penal vigente era à época imperial, com trabalho forçado, enforcamento, e regime de escravidão.(ROIG, 2005, p. 28)

Bitencourt elucida a transformação para o atual sistema penal:

Quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Já no século XX esse objetivo reformista denominou-se “reabilitação ou ressocialização” do delinquente. (1993, p. 96)

Dessa forma chegamos ao século XX, com as mesmas moléstias dos antepassados, porém agravadas, pois na ânsia de vigiar e punir, hoje, o Estado mal se consegue controlar a superpopulação carcerária reclusa.

3.1.1 NASCIMENTO DAS PRISÕES

Nos primórdios as prisões eram ignoradas, aplicava-se a pena de morte, nem se imaginava uma pena privativa de liberdade, apenas impunham a pena de morte aos crimes mais graves, e tão somente amedrontavam os criminosos de menor relevância. O ato de privação de liberdade, a detenção, foi criada com a finalidade de prevenção, e no decorrer da história é que o fim se inverte e a detenção se torna forma de penalizar o criminoso.(OLIVEIRA, 1996, p. 43)

Os povos primitivos não tinham condições de fazer grandes construções, logo os aprisionamentos eram buracos em forma de fossa, onde o criminoso era colocado e torturado, e lá era deixado até que se findava. (OLIVEIRA, 1996, p. 43)

As primeiras prisões surgiram nos povos cristãos, inicialmente era utilizada em caráter temporário, mas com o passar do tempo as sanções tornaram-se perpétuas. E com o surgimento da pena de reclusão, a pena de morte foi perdendo espaço.

Foi no século XVIII que a pena de morte foi definitivamente substituída por pena de prisão. E as prisões eram subterrâneas, úmidas e com insetos, os

prisioneiros eram jogados e amontoados, submetidos a fome e torturas cruéis, foi a partir dessa época grande número de casas de detenção surgiram.

3.1.1.1 SISTEMA PANÓPTICO

A rigor é um método de controle, criado no século XVII objetivando o controle da peste, quando foi adotado o isolamento da população doente. É um princípio que tem por base um conjunto de ideias fundamentais do "utilitarismo", que tem na observação e controle o elemento fundamental de intimidação.

Como constatou Foucault ultrapassou a área penal, se introduziu em diversos outros sistemas, sendo utilizado hoje, por exemplo, através do controle eletrônico visual que observamos no comércio, no sistema bancário e na cidade de um modo geral:

Bentham não diz se inspirou, em seu projeto, no Zoológico que Le Vaux construíra em Versalhes: primeiro zoológico cujos elementos não estão como tradicionalmente, espalhados em um parque: no centro, um pavilhão octogonal que, no primeiro andar, só comportava uma peça, o salão do rei; todos os lados se abriam com largas janelas sobre sete jaulas (o oitavo lado estava reservado para janela onde estavam encerrada diversas espécies de animais. Na época de Bentham esse zoológico desaparecera. Mas encontramos no programa do panóptico a preocupação análoga da observação individualizante, da caracterização e da classificação, da organização analítica da espécie. O panóptico é um zoológico real; o animal é substituído pelo homem, a distribuição individual pelo grupamento específico e o rei pela maquinaria de um poder furtivo.(FOUCAULT, 1987, p.168)

O panoptismo é transparente e exposto, ele enclausura e exhibe o apenado, mantendo-o sob olhar ininterrupto. Diferente da masmorra que ficava em local isolado e escondia o preso. Ainda, o sistema se constituiu e se difundiu com a passagem do suplicio para a penitenciária e desta para a vigilância do olhar. (SÁ, 1996, p. 100)

3.1.1.2 SISTEMA FILADÉLFIA

Também conhecido como sistema celular ou pensilvaniana, submete o apenado a isolamento absoluto e constante, afastando o trabalho ou a visita, ele impõe o apenado apenas a leitura da Bíblia Sagrada.

Como ressalta Foucault:

Sozinho em sua cela o detento está entregue a si mesmo; no silêncio de suas paixões e do mundo que o cerca, ele desce à sua consciência, interroga-a e sente despertar em si o sentimento moral que nunca perece inteiramente no coração do homem. (FOUCAULT, 2002, p. 207)

Neste sentido, Farias Júnior, evidencia que o sistema pensilvaniano segue aos seguintes procedimentos fundamentais:

a) O condenado chegava na prisão, tomava banho, era examinado pelo médico, após vendados os seus olhos, vestiam-lhe uniforme; b) então era encaminhado à presença do diretor, onde recebia as instruções sobre a disciplina da prisão; c) em seguida era levado à cela, desvendados os olhos, permanecendo na mais absoluta solidão, dia e noite, sem cama, banco ou assento, com direito ao estritamente necessário para suportar a vida. Muitos se suicidavam, Outros ficavam loucos ou adoeciam; d) o nome Ra substituído por número, aposto no alto da porta e no uniforme; e) a comida era fornecido uma vez por dia, só pela manhã; f) era proibido ver, ouvir ou falar com alguém; g) a ociosidade era completa; h) o estabelecimento penitenciário de forma radial, com muros altos e torre distribuídas em seu contorno, tinha regime celular. (2001, p. 35-36)

O referido sistema sofreu muitas críticas, pelo seu meio rigoroso, que não produz a ressocialização do preso, tornando-o cada vez mais desumano.

3.1.1.3 SISTEMA AUBURN

Mais flexível que o anterior, também exigia silêncio absoluto, mas proporcionava um período de convivência em comunidade.

Foucault discorre quanto o sistema:

O modelo de Auburn prescreve a cela individual durante a noite, o trabalho e as refeições em comum, mas sob a regra do silêncio absoluto, os detentos só podendo falar com os guardas, com a permissão destes e em voz baixa. [...] Mais que manter os condenados “a sete chaves como uma fera em sua jaula”, deve-se associá-lo aos outros, fazê-los participar em comum de exercícios úteis, obrigá-los em comum a bons hábitos, prevenindo o contágio moral por uma vigilância ativa, e mantendo o recolhimento pela regra do silêncio. Esta regra habitua o detento a considerar a considerar a lei como um preceito sagrado cuja infração acarreta um mal justo e legítimo. Assim esse jogo do isolamento, da reunião sem comunicação, e da lei garantida por um controle ininterrupto, deve requalificar o criminoso como indivíduo social: devolve-lhe: hábitos de sociabilidade. (FOUCAULT, 2002, p. 200)

Trazemos Farias Júnior o qual apresenta os procedimentos fundamentais do sistema auburniano:

a) O condenado ingressava no estabelecimento, tomava banho, recebia uniforme, e após o corte da barba e do cabelo era conduzido à cela, com isolamento durante a noite; b) acordava às 5:30 horas, ao som da alvorada; c) o condenado limpava a cela e fazia sua higiene; d) alimentava-se e ia para as oficinas, onde trabalhava até tarde, podendo permanecer até às 20:00 horas, no mais absoluto silêncio, só se ouvia o barulho das ferramentas e dos movimentos dos condenados; e) regime de total silêncio de dia e de noite; f) após o jantar, o condenado era recolhido; g) as refeições era feitas no mais completo mutismo em salões comuns; h) a quebra do silêncio era motivo de castigo corporal. O chicote era o instrumento usado para quem rompia o mesmo com o mesmo; i) nos domingos e feriados o condenado podia passear em lugar apropriado, com a obrigação de se conservar incomunicável. (2001, p.38/39)

O banho, o corte de cabelo, o uniforme era um ritual de purificação ao qual o recém-chegado deveria passar para entrar em contato com o novo mundo a seguir.

Como o sistema de Filadélfia, esse também sofreu críticas, aquele buscava a purificação do homem pelo arrependimento, devido a constante reflexão, e o sistema Auburn usa o trabalho e a disciplina como meio de transformação.

3.1.1.4 SISTEMA DE MONTESINOS

Este sistema foi criado pelo Coronel Manoel Montesinos y Molina, na Espanha, foi o precursor de um tratamento humanitário, objetivando a regeneração do recluso. Aqui, foram banidos os castigos corporais e implantada a remuneração aos presos pelo trabalho exercido, a mudança resultou na baixa do número de evasões do estabelecimento. (OLIVEIRA, 1996, p. 59)

3.1.1.5 SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS

Aplicado na Inglaterra, em 1846, e ficou conhecido como sistema de vales, aqui a pena não se contava pelo tempo, e sim pelo trabalho exercido, bom

comportamento e o crime do preso. Assim, conforme o comportamento do recluso ele ganhava vales, ou perdia. (OLIVEIRA, 1996, p. 60)

O sistema penitenciário progressivo surgiu no final do século XIX, mas, no entanto, sua utilização generalizou-se através da Europa só depois da I Guerra Mundial. A essência desse regime consistia em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um deles os privilégios que o recluso poderia desfrutar, de acordo com sua boa conduta e do avanço alcançado pelo tratamento reformador.

Outro aspecto importante era o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. Basicamente, o sistema progressivo tinha dois objetivos: estimular a boa conduta do recluso e obter sua reforma moral para uma futura vida em sociedade.

Oliveira em sua obra aduz a forma de contagem da duração da pena:

- a) período da prova, com isolamento celular completo, do tipo pensilvânico;
- b) período com isolamento celular noturno e trabalho comum durante o dia, com rigoroso silêncio, do tipo auburniano;
- c) período da comunidade, com benefício da liberdade condicional. (OLIVEIRA, 1996, p. 60/61)

O sistema progressivo é feito de etapas contínuas que direcionam o recém-chegado a reintegração do novo mundo, ao regime da sociedade da produção, da disciplina, e não mais o mundo externo de desordem.

3.1.1.6 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS

Foi em 1853 que o sistema progressivo inglês foi adotado na Irlanda, e a única mudança ocorrida foi a implementação de um novo período, o qual se baseava na preparação para a vida livre, que consistia em transferir o apenado para um estabelecimento mais brando, com conversação, sem uniformes, e com trabalho externo, preparando recluso para o retorno a sociedade. (OLIVEIRA, 1996, p. 61)

Este foi o sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro, com certas adaptações, enumeradas por Oliveira:

No primeiro período, o prisioneiro fica sujeito à observação, durante o máximo de três meses; no segundo período, é submetido ao trabalho comum, mantido o isolamento noturno; no terceiro período, o preso é encaminhado para um estabelecimento semi-aberto ou colônia agrícola e,

no quarto período, recebe a concessão da liberdade condicional. (OLIVEIRA, 1996, p. 61)

Ressaltamos que, conforme ver-se-á adiante, a realidade de nossas prisões está muito longe de se conformar às previsões normativas a respeito das boas condições dos presos.

3.2 REALIDADE DAS NOSSAS PRISÕES

Como já foi exposto, no início, a pena de prisão imposta aos criminosos consistia em jogá-los em buracos no chão em forma de fossa para que amontoados sofressem pelo mal que causaram. Atualmente, a realidade dos presos do século XXI não se difere dos antepassados, pois continuam aglomerados em pequenas celas, agora de concreto e barras de ferro.

Para que possamos imaginar de uma forma mais concreta a situação em que nossos presos estão submetidos, basta apresentar os números percebidos na CPI do Sistema Carcerário (2009, p. 138), verifica-se que o número de vagas do sistema penitenciário brasileiro totaliza 275.194, e a população carcerária brasileira é estimada em 422.590 presos.

Com a taxa de população apresentada, as cadeias brasileiras já não possuem condições de aplicar a sua finalidade imposta por lei, que no papel é a restauração do apenado, na prática não passa de um depósito humano.

É a inércia do Estado em solucionar esse problema que faz aumentar a cada dia o número de presos nessas condições. É simples perceber diversos problemas frutos da superlotação, os quais serão analisados em seguida.

Iniciando a problemática trazemos o evento de apenados com sentença transitada em julgado e presos preventivos ficarem reclusos nos mesmos estabelecimentos. O que conforme se depreende da CPI do sistema carcerário (2009, p. 138): *“Não há um regulamento disciplinar e muito menos separação por delito cometido. Há sentenciados junto com provisórios e presos primários com reincidentes, em franco desacordo com o art. 84 da LEP”*.

Como já foi discutido anteriormente, há necessidade de uma seletividade entre os presos, o tratamento não pode ser o mesmo entre o reincidente e o primário, desde os primeiros sistemas penais essa necessidade já foi imposta.

Quando essa triagem não acontece todos se tornam um só, causando revolta ao que não mereciam tal tratamento, e unindo-os ainda mais contra o sistema.

Foucault traz o princípio da classificação:

Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação. (FOUCAULT, 2002, p. 224)

Dessa condição de total desorganização dentro dos estabelecimentos penais, os reclusos procuram se organizar, se unindo aos que tiverem os mesmo objetivos, ou os mesmo interesses, e dessas famílias surge as facções criminosas, que hoje se fazem presente em quase todo território nacional, conforme exemplificado na referida CPI:

São várias as siglas e nomenclaturas das facções criminosas, que atuam, principalmente, no Rio de Janeiro e São Paulo. Destacam-se, em São Paulo: PCC – Primeiro Comando da Capital; TCC – Terceiro Comando da Capital; CRBC – Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade; São várias as siglas e nomenclaturas das facções criminosas, que atuam, principalmente, no Rio de Janeiro e São Paulo. Destacam-se, em São Paulo: PCC – Primeiro Comando da Capital; TCC – Terceiro Comando da Capital; CRBC – Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade; CDL – Comando Democrático da Liberdade e Seita Satânica. No Mato Grosso do Sul são conhecidas as facções: PCMS – Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul, e os “Manos”. No Rio de Janeiro: CV – Comando Vermelho; TC – Terceiro Comando; ADA – Amigos dos Amigos; IDI – Inimigos dos inimigos e AI – Amigos de Israel. IDI – Inimigos dos inimigos e AI – Amigos de Israel. (BRASIL, 2009, p. 56)

Essas “famílias” são compostas por hierarquia com lideranças e subordinados, elas possuem uma estrutura financeira com direito a livro caixa, além de dizimo, e seus aliados e suas ramificações são bem planejados, nenhuma age sozinha, os direitos pleiteados pelas facções são para todos da família.

Foucault explica essa a criação dessas instituições:

“A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras.” (FOUCAULT, 2002, p. 222)

E aliando essas “famílias” a falta de triagem entre os presos, Foucault (2002, p. 222) afirma: “*E nesses clubes é feita a educação do jovem delinquente que está em sua primeira condenação.*”

Outra questão relevante são as condições de habitação dos estabelecimentos penais, e a completa impossibilidade de se viver de uma forma humana aceitável.

A qualidade do ambiente é muito importante para a transformação do preso, ele é determinante no dia-a-dia e na rotina dos conviventes, com um bom ambiente certamente a rotina seria, dentro do possível, boa⁵.

Entretanto, quando consultamos a situação do ambiente prisional o que encontramos é isso:

As instalações são precárias e apresentam problemas graves de higiene. No lugar onde a comida é servida aos presos, há vazamentos no esgoto, o que oferece riscos à saúde de todos. Lixo acumulado no lado externo do edifício exala mal cheiro e reúne grande quantidade de insetos. A chamada enfermaria é uma sala onde ficam alojados os doentes., a maioria deles com tuberculose. O local é inadequado, as paredes são de pintura simples, desgastada, o que impossibilita a boa higiene. A parte hidráulica é precária. Os presos relatam dificuldades extraordinárias para atendimento médico e reclamam da falta de medicamentos. Há uma farmácia cujo estoque, conforme certificou o Deputado e médico Dr. Rosinha, é precário. Não há programa de prevenção a DST-AIDS e os presos não recebem preservativos.⁶

E finalmente, Leal na intenção de ilustrar a situação dos nossos presos os denominou de homens-morcegos, e explica:

Nossa população carcerária não passa de um amontoado de indivíduos rejeitados pela sociedade, tristes homens-morcego, reduzidos à odiosa condição de hipo-humanos, condenados pela justiça criminal e pelas

⁵ Apenas para ilustrar, mencionamos o acórdão abaixo do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi reconhecida a prisão em “contêiner” e a inaceitabilidade de tal condição, senão vejamos, *in litteris*: “Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.

2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis - a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42).

3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.

4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.

5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.

6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos - homens e mulheres - estejam presos nas mesmas condições.

(HC 142.513/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 10/05/2010)”

⁶ Brasil. II Caravana - Sistema Prisional Brasileiro. Brasília. 2000. Disponível em <[HTTP://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/prisional.html](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/prisional.html)> Acesso em: 07/06/2012.

demais instâncias formais e informais de controle da liberdade individual. (LEAL, 1994, p. 432)

Enfim, a breve e sintética descrição da atual situação de nossas prisões leva à conclusão de que é ainda muito grande a distância entre o real e o previsto na Constituição, nas leis, na jurisprudência e na doutrina acerca da maneira de lidar com os presos, o que evidencia a necessidade de maior cobrança da própria sociedade contra esta conjuntura.

3.3 A QUESTÃO ESPECÍFICA DA SUPERLOTAÇÃO

Foi no início do século XIX que o problema superlotação surgiu, as cadeias do Rio de Janeiro atingiram seu número máximo de presos, o que levou o Código Penal em 1980, a tomar a primeira medida de reparo, transferir os presos com bom comportamento que já cumpriram parte de sua pena reclusos, para presídios agrícolas.

Inicialmente, Thompson aduz em sua obra uma resposta para a superlotação:

O uso generalizado da privação da liberdade humana como forma precípua de sanção criminal deu lugar ao estabelecimento de grande número de comunidades, nas quais convivem de dezenas a milhares de pessoas, Essa coexistência grupal, como é obvio, teria de dar origem a um sistema social. Não se subordinaria este, porém, à ordem decretada pelas autoridades criadoras dos homens, diante dos problemas postos pelo ambiente particular em que se viram envolvidos. (THOMPSON, 2002, p. 21)

Foucault (2002, p. 251) em sua obra usa o termo “*condenar por condenar*”, já é mecânico aos juízes aplicar a pena privativa de liberdade, apesar das condições aqui já explanadas, o que nos faz não acreditar em um recurso para este mal.

Neste sentido, Fernandes esclarece:

A capacidade real de uma prisão é difícil de ser objetivamente estimada e como resultado disso, é fácil de ser manipulada. Mas não resta dúvida que quase todos os estabelecimento prisionais brasileiros estão superlotados. Como todos os administradores prisionais sabem, prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões elevando a violência entre os presos, tentativas de fuga e ataque aos guardas. Não é surpresa que uma parcela significativa dos incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protestos nos estabelecimentos prisionais do país sejam diretamente atribuídos a superlotação. (FERNANDES, 2000. P. 163/164)

O problema superlotação não pode ser questionado de forma única, pois ele é o fato gerador de diversos outros males, que aflige a população carcerária como doenças, rebeliões, motins, mortes, insalubridade, higiene, dentre outras.

Cabe apresentar um mais trecho da CPI que muito bem descreve a situação de superlotado:

[...] homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém- nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de “homens- morcego”. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. (BRASIL, 2009, p. 247)

É de frente com esta situação que Thompson (2002, p. 109/110) declara quase inviável resolver esse problema, mesmo que se eleve o numero de terapeutas e guardas, além de qualificação para ambos, o autor não acredita que haja outro fim senão o fracasso. A única forma de recuperar os estabelecimentos para este autor é começar as mudanças pelas estruturas sócio-político-econômicas.

Enfim, a situação de nossas instalações carcerárias merece ser revista, pois a superpopulação é um fato reconhecido pela jurisprudência⁷ e que deve ser adequadamente tratado pelo Estado.

⁷ Nesse sentido, o seguinte Acórdão do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Ministro Luis Fux, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação Ordinária de Indenização interposta por presidiário ao fundamento de que sofrera danos morais em razão da superlotação na prisão na qual encontrava-se recluso, em espaço mínimo na cela, na qual encontravam-se 370 indivíduos presos, quando sua capacidade é de 130, o que denota um excesso de 240 pessoas na carceragem.

2. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da culpa estatal - restou examinada pelo Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, é insindicação nesta instância processual, à luz do óbice constante da Súmula 7/STJ.

3. In casu, a Corte de origem confirmou integralmente a sentença a quo, condenando o Estado ao pagamento da indenização pleiteada, com fulcro na Responsabilidade Civil do Estado, *in litteris*: O Estado é responsável pela construção e administração do sistema penitenciário, especialmente pela boa manutenção e regular funcionamento dos estabelecimentos prisionais, cabendo, portanto, observar que, ao exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos que transgridem as leis, passa a ter o dever de custódia sobre eles. Os argumentos do Estado de Mato Grosso do

Sul, quando menciona que o apelante, ao ser condenado, deixou de cumprir seus deveres, infringindo a lei, podendo então ser considerada a restrição de sua liberdade como um canal para a desconsideração dos seus direitos mais básicos, são deploráveis, dando conta que realmente despreza o seu dever de cuidar daqueles que puniu. Ora, não se discute aqui as razões da condenação de um preso; mas sim, uma circunstância posterior, que é a má, tardia ou falta de atuação estatal, no que concerne à custódia dos condenados ou processados pela Justiça.

7. Ad argumentandum tantum, no mérito melhor sorte não lhe assistiria, isto por que a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

8. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

9. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezinheiros deveres estatais, consistente em manter-se superpopulação carcerária em condições perigosas, máxime quando os presos se vêem obrigados a confeccionar e possuir instrumentos ofensivos - que servem mais para se defender e garantir suas vidas e intimidade do que atacar alguém ou se rebelar, sendo certo os temores que resultam do encarceramento ilegal.

10. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 11. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

12. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se a forma de execução da pena imposta revela-se tão injusta quanto ao crime cometido ensejador da reprimenda estatal? 13. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 14. A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão.

15. Aplicação do art. 381 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.049 do Código Civil de 1916, no sentido de que há confusão entre a pessoa do credor e a do devedor, posto que a Fazenda Pública não poderá ser reconhecida como obrigada para consigo mesma.

16. Deveras, não altera o referido raciocínio o fato de a lei estadual instituir fundo financeiro especial, que possui entre suas fontes de receita os recursos provenientes de honorários advocatícios estabelecidos em favor da defensoria.

17. A tese restou assentada no julgamento do EResp nº 480.598/RS, DJ de 16.05.2005, nos termos da ementa, in verbis: PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. 2. Aplicação do art. 381 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.049 do Código Civil de 1916, no sentido de que há confusão entre a pessoa do credor e a do devedor, posto que a Fazenda Pública não poderá ser reconhecida como obrigada para consigo mesma. 3. Deveras, não altera o referido raciocínio o fato de a lei estadual 10.298/94 instituir fundo financeiro especial, que possui entre suas fontes de receita os

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A SUPERLOTAÇÃO

4.1 CONCEITO, ESPÉCIE, NATUREZA, TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No início existia a irresponsabilidade do Estado, predominante o citado “*The King can do not wrong*”. Fase esta em que o Direito tinha como alicerce a ideia de que “O Rei não erra” ou “O Príncipe sempre tem razão”, assim não era possível responsabilizar o Estado por qualquer dano causado a terceiros. (CANOTILHO, 2008, p. 37)

Segundo Rizzardo:

Especialmente quando dominava o absolutismo dos reis e o despotismo, os atos dos soberanos ou tiranos e de seus agentes não eram questionados. Os monarcas consideravam-se acima da lei, sendo que, em alguns regimes, tinham o poder sobre a própria vida e bens dos súditos, vigorando uma isonomia de restrições absoluta, revelada em expressões como a seguinte: “L’État c’est moi (O Estado sou eu). Os déspotas, embora o desenvolvimento trazido em seus governos, não se submetiam a qualquer controle.” (2007, p. 355)

Impende ressaltar que nesta determinada época o Estado não era responsabilizado nos danos causados pela administração, sendo a pessoa que causou o dano a responsável, pois era defendido que os servidores públicos não agiam como órgãos do Estado. Este só era representado pelo chefe de Estado, somente considerando os atos dos servidores públicos como atos de Estado, quando estes forem ordenados ou quando reconhecidos como sendo atos de ente público.

recursos provenientes de honorários advocatícios estabelecidos em favor da defensoria. 4. Esse fundo foi instituído pelo Estado e a ele próprio pertence, exatamente para vincular receitas públicas e destiná-las ao aperfeiçoamento e aparelhamento das atividades de seu órgão, a Defensoria Pública. Por isso deve o Estado receber os honorários advocatícios devidos por particulares, em causas outras patrocinadas pela Defensoria, sob pena de posterior execução judicial de referidos créditos se converterem em verdadeira execução orçamentária. 5. Precedentes da 1ª Seção: EREsp566551, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/11/2004; EREsp 538.661, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09/08/2004. 6. Embargos de divergência acolhidos.(EResp 480.598/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA Seção, julgado em 13.04.2005, DJ 16.05.2005 p. 224) 16. Precedentes: AgRg no Ag 668.428/RS, DJ 29.10.2007; REsp 661.484/RJ, DJ 07.11.2007; REsp 820.931/RJ, DJ 02.04.2007; AgRg no Ag 781.259/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 09.11.2006. 18. Precedentes: AgRg no Ag 668.428/RS, DJ 29.10.2007; Resp 661.484/RJ, DJ 07.11.2007; Resp 820.931/RJ, DJ 02.04.2007; AgRg no Ag 781.259/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 09.11.2006. 19.Recurso especial parcialmente provido, para afastar a condenação ao pagamento da verba honorária. (REsp 873.039/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira turma, julgado em 18/03/2008, DJe 12/05/2008)

Ainda neste sentido, Cahali (2007, p.19) elucida que não cabe a reparação dos danos na concepção do Estado absolutista, pois o estado soberano gozava de imunidade total e assim não se admitia uma constituição de direitos contra Ele.

A primeira manifestação a frear essa irresponsabilidade absolutista foi a Revolução Francesa, quando as comunas passaram a responder pelos desmandos das forças policiais, o que se propagou em outros países.

Complementando a necessidade da mudança responsabilidade do Estado Cahali leciona:

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade. (2007, p. 19)

Observa-se a necessidade de imposição de responsabilidade ao Estado.

Em uma fase primitiva de quase total irresponsabilidade, o que significa que o Estado não sofresse restrições, e que não indenizasse os danos que seus agentes provocavam. Mesmo no Império Romano, e até antes, quando da república, se impunham limitações aos atos governamentais, incutindo o sentimento do dever de reparar por certos prejuízos provocados. No entanto, não se procuravam os pretores para impor obrigações ao imperador, ou exigir que indenizasse os danos provocados por ele ou por seus servidores. (RIZZARDO, 2007, p. 355-356)

Ao longo da evolução deste instituto tornou-se possível determinar três fases, as quais louvando Bielsa e Duez, citados por Cahali, sendo mais precisos os ensinamentos expostos por Duez de onde se extraem:

- [...] a) numa primeira fase a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm a sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário;
- b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelas às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários;
- c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito

civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da faute e do risco administrativo.(CAHALI, 2007, p. 19-20)

A mudança dessa irresponsabilidade acolheu que ora o Estado mantém a qualidade de “pessoa pública” na prática dos atos do seu poder soberano, ora age como “pessoa civil” igualando a um cidadão na gestão de seu patrimônio. No primeiro caso o Estado era regido pelo Direito Público; no segundo se sujeita ao Direito Privado. No momento em que se admitiu que a vítima procedesse contra o Estado em situação de igualdade que as ideias se elucidaram.

São dois os fundamentos que justificam a existência da responsabilização do Estado, leciona Bandeira de Mello:

a)No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade. [...].b)No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso - , entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (2006, p.849)

Em estágio mais elevado de desenvolvimento doutrinário, separou-se a culpa do funcionário da culpa do serviço, vez que não se podia admitir a aplicação de normas de direito privado sobre assuntos de interesse público. Assim, o prejudicado deveria comprovar a culpa do funcionário e a culpa do serviço (anônimo) separadamente, de modo que cada qual respondia por sua parcela. A Teoria da Culpa do Serviço ou Culpa Administrativa já pertence às Teorias Publicistas sobre a responsabilidade do Estado.

Entretanto, com a evolução da estruturação estatal, este passou a intervir mais sobre a vida dos administrados, passando, assim, do Estado Liberal para o Estado Social, aumentando, pois, a possibilidade de risco de ofensas que suas abrangentes atividades acarretavam. Estas circunstâncias justificaram a estipulação da responsabilidade objetiva do Estado, que se fundamentou a partir da Teoria do Risco.

A Teoria do Risco pode ser dividida da seguinte forma: Teoria do risco Administrativo e Teoria do Risco Integral.

Comparando o Estado ao indivíduo comum, o particular para cobrar o dano a ele causado, precisava provar a culpa do agente público, através de princípios de culpa subjetiva. Em virtude da desigualdade econômica e do poder, o particular nem sempre conseguia provar a antijuridicidade da conduta do agente público, não se mostrando suficiente a teoria da culpa.

Foi através dos princípios objetivos, que se buscou solucionar o problema da responsabilidade civil do Estado, surgindo a teoria da responsabilidade objetiva, subdividida em teoria do risco integral e teoria do risco administrativo, das quais trataremos a seguir.

De forma clara, Silva nos traz a diferença básica entre as duas teorias:

A principal distinção da culpa subjetiva para a objetiva está na aceção de que na primeira a vítima deve provar que o agente causador agiu com culpa exclusiva ou concorrente para o evento danoso. Enquanto que na culpa objetiva, basta provar o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a causa e o efeito, sem necessidade de se provar o elemento subjetivo da culpa, que é o dolo ou a culpa no sentido estrito. (1999, p.8)

Quanto à responsabilidade objetiva do Estado, diz Gonçalves:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela Lei. Em outros, é de todo prescindível. (1995, p. 18)

Tal teoria foi adotada pelo direito brasileiro, face à norma constitucional determinada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro, mesmo não havendo normas que regulamentasse nossos tribunais e orientações sempre repudiaram essa teoria.

Com propriedade Di Pietro leciona:

As constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade civil do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência do abuso ou omissão praticados no exercício de sua função. Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários. (2011, p. 648)

Tratando da distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, o insuperável José de Aguiar Dias, com absoluta precisão, escreveu: "no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar". (DIAS, 1944, p. 94-95)

4.2 PECULIARIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO

A teoria da responsabilidade civilista passou para a fase da publicidade da culpa administrativa, tratando-se de uma teoria que inova profundamente, pois se transforma para a responsabilidade do Estado, independentemente da falta do agente público, quando originária da Administração, pelo mau funcionamento do serviço público ou pela sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente avaliada e analisada. Esse período sinaliza a transição para a atual fase da responsabilidade objetiva do Estado. Nesse tipo de responsabilidade, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Pouco importa que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Aqui, não há necessidade de apreciação do dolo ou culpa. É a teoria do risco, uma vez que tem como pressuposto de que a atuação do poder público envolve um risco de dano, que não lhe é natural. (DI PIETRO, 2006, p. 651)

Ainda, a doutrinadora afirma:

Essa culpa do serviço público ocorre quando o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer apreciação de culpa do funcionário. (DI PIETRO, 2006, p. 504)

Concordando com a teoria *faute du service*, Stoco ressalta que “por ela não se indaga da culpa do agente administrativo, mas apenas da falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.” (1999, p. 270)

Ainda, resume Mello:

A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou por falta de serviço. É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ao negligenciar a obrigação e atuar tempestivamente. Cumpre tão-só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprir seus deveres, para que desponte a responsabilidade pública em caso de omissão. (STOCCO, 1999 apud MELLO, 2000, p. 573)

Cabe ressaltar que a tradução de *faute du service*, é “falha do serviço” e não a falta dele, ou mesmo culpa.

Dessa forma, quando o Estado pratica um ato ou incorre em omissão que venham a resultar em qualquer tipo de dano, deve suportar as consequências do ato lesivo aos direitos de outrem. O problema da responsabilidade não deixa de se constituir em um fenômeno social, mesmo porque, ressarcir danos causados, sejam eles materiais ou morais, nada mais é que uma regra elementar de equilíbrio social⁸.

4.3 A JURISPRUDÊNCIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CRISE CARCERÁRIA

⁸ É relevante registrar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil do estado em caso omissão: depende da existência e comprovação de culpa estatal (entendimento adotado pelo STF - RE 204.037/RJ); pode ser a culpa anônima ou falta do serviço – culpa genérica não individualizável (RE 179.147/SP).

Em relação à temática da responsabilidade civil do Estado e a crise carcerária no Brasil, surgiu recentemente uma discussão doutrinária e jurisprudencial muito relevante.

Com efeito, uma inovação no campo das indenizações surgiu, porquanto os presos estão pleiteando indenização em face do Estado, em virtude de, conforme já explanado, não serem tratados como humanos dentro dos estabelecimentos carcerários.

Impelidos pela ausência de seus diversos direitos e por suas garantias cerceadas, os reclusos buscam no mesmo sistema judiciário que os aprisionaram, uma indenização pelo ambiente a que foram e continuam expostos.

É clara a responsabilidade do Estado em arcar com os danos físicos e psicológicos que os encarcerados sofrem naquele ambiente.

Gonçalves afirmando:

Cabe ação contra o Estado mesmo quando não se identifique o funcionário causador do dano, especialmente nas hipóteses de omissão da administração; Estes casos são chamados de “culpa anônima” da administração. (GONÇALVES, 2008, p.225)

No entanto, apesar da evidente responsabilização estatal por suas omissões e atitudes inerciais ou mesmo comissivas, até o momento dessa pesquisa o STJ decidiu por unanimidade negar provimentos aos pedidos desse gênero, conforme jurisprudências mais recentes a seguir transcritas, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.** PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Quanto à arguição de ofensa ao art. 5º, incisos III, V, X, XLIV, da Constituição Federal, excede a competência desta Corte a análise de preceito constitucional, porquanto trata-se de matéria a ser ventilada no competente recurso extraordinário, e não neste apelo especial.

2. A controvérsia sobre a responsabilidade do Estado foi solvida com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e no princípio da reserva do possível, ou seja, o acórdão recorrido está sob enfoque nitidamente constitucional, o que inviabiliza a admissão do recurso, sob pena de usurpar-se a competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

3. A lide não foi solucionada, considerando os dispositivos legais tidos por ofendidos - arts. 38 do CP; 88 da LEP; 186 do CC -, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria à instância especial, conforme preconiza a Súmula 211/STJ.

4. **Recurso especial não conhecido.**(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Superlotação Carcerária. Recurso Especial nº 1024298 / MS. 2ª Turma. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, 16/02/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.** ALEGADA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. INVIABILIDADE DE EXAME DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NEXO CAUSAL ENTRE O ATO ILÍCITO E O DANO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se à análise da possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao Estado, com sua conseqüente condenação à indenização por danos morais, em virtude da superlotação carcerária, uma vez que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A discussão a respeito do tema esbarra no óbice do enunciado da Súmula 7/STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Com efeito, verifica-se que o acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos.

3. O exame de suposta violação de dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Federal, pela via do recurso extraordinário, de maneira que é vedado a esta Corte Superior realizá-lo, em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

4. **Agravo regimental desprovido.** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ato ilícito e Dano. Agravo Regimental no Agravo 933.355/MS, Relatora: Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008)

Por ser mais abrangente em suas alegações, e por não negar a responsabilização apenas através de subterfúgios processuais, como o prequestionamento, como feito nos arestos acima referenciados, analisaremos, adiante, os fundamentos e consequências de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afastou no mérito o direito à indenização.

4.4 ANÁLISE DO PRECEDENTE RECURSO ESPECIAL 962934-MS DO STJ

Primeiramente, cabe apresentar a decisão do Tribunal de origem do recurso aqui discutido, a qual:

O Tribunal de origem consignou, por maioria e vencido o relator, que as condições insalubres a que o recorrido estava submetido no estabelecimento prisional fazem jus à concessão de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 3.000,00, mais juros de mora na taxa de 1% ao mês. O referido valor deverá ser pago pelo Estado de Mato Grosso do Sul enquanto o condenado estiver cumprindo pena.(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado.

Recurso Especial 962.934/MS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda turma, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011)

É a partir dessa decisão que passamos a analisar a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIEDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ.

1. Em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

3. A questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial, mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados.

4. Ademais, em análise comparativa de precedentes, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detentos nas casas prisionais, não se pode permitir que a situação de desconforto individual dos presidiários receba tratamento mais privilegiado que o das referidas situações, sob risco de incoerência e retrocesso de entendimentos em nada pacificados. Precedentes do STJ e do STF.

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa coletiva de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros, inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça;

c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar, ao servidor ou administrador desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

6. Inviável condenar a Fazenda estadual em honorários advocatícios que remuneram a própria Defensoria Pública, sob pena de incorrer em confusão (credor e devedor são o mesmo ente). Aplicação da novel Súmula 421 do STJ: "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".
7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Recurso Especial 962.934/MS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda turma, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011)

Impende, ainda, apresentar um trecho da justificativa do voto do Relator Ministro Herman Benjamin, na decisão supra:

[...] Não faz muito sentido tirar verbas do caixa do Estado para indenizar, individualmente, por dano moral, um ou só alguns presidiários, quando o desconforto do ambiente prisional afeta a todos. A compensação financeira da ofensa moral individual, em tais circunstâncias, só servirá para mascarar, nunca para reduzir, acabar ou solucionar, a dor coletiva, a vergonha que é o sistema prisional em todos os Estados do País. A permitir tal entendimento, estar-se-ia admitindo um papel absurdo do Estado como segurador universal: ou seja, sempre que algum serviço público essencial do Estado for falho – e isso é uma realidade nacional, não apenas "privilégio" do Estado recorrente –, em vez de uma solução global e racional, com medidas planejadas estrategicamente a médio e longo prazo, buscar-se-á uma saída "meia-sola" (de preferência financeira), sem a menor repercussão na melhoria do sistema como um todo. [...] A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Recurso Especial 962.934/MS, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011)

Sobre as erronias do aresto acima epigrafado, passamos a tecer algumas considerações.

Inicialmente, apesar das discussões jurisprudenciais atuais, a doutrina é clara, e Meirelles enfatiza:

a) teoria da culpa administrativa: a obrigação do Estado indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. **Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço público.** (grifo nosso) (MEIRELLES, 1998, p. 530)

Muito já se ventilou quanto à legalidade da respectiva indenização, o nobre relator em seu voto traz argumentos subjetivos, os quais não estão

completamente equivocados, pois ele ilustrou a realidade brasileira com muita veracidade, entretanto um problema maior não exclui o direito aqui discutido.

Cumpre esclarecer que negar a indenização aqui pleiteada pelo condenado que se dispôs a cumprir sua pena para com a sociedade na forma prescrita em lei, representará apenas mais um direito do qual ele será privado.

A discussão tratada na jurisprudência acima epigrafada, felizmente, em decorrência de englobar a discussão acerca da aplicabilidade do artigo 37, § 1º, da Constituição da República, foi alçada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, o qual não apresentou decisão até o termino dessa pesquisa, e lá foi declarada tema de repercussão geral em virtude da questão constitucional suscitada, conforme:

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário I nº 580252 RG, Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 17/02/2011, DJe-109, DIVULG 07-06-2011, PUBLIC 08-06-2011, EMENT VOL-02539-02, PP-00325)

Enfim, nos parece estreme de dúvidas que o entendimento meritório atualmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 962934-MS não parece se coadunar com o sistema constitucional brasileiro, que consagra os princípios da eficácia ampla e imediata dos direitos fundamentais (inclusive, da população carcerária), o princípio da responsabilização civil por omissão estatal e o princípio da primazia da dignidade essencial da pessoa humana, motivo porque, decerto, veremos o Pretório Excelso repor a jurisprudência brasileira no leito do humanismo e da racionalidade.

5 CONCLUSÃO

As cadeias brasileiras podem ser comparadas a zoológicos, pois as celas são como “jaulas”, e os presos tratados como animais. Na verdade, atualmente, com a forte atuação da justiça ambiental, talvez os animais vivam em melhores condições.

O estabelecimento carcerário que deveria acolher o criminoso e de alguma forma recuperá-lo e restaurá-lo, para que ele após a transformação retornasse à sociedade e tivesse mais uma chance de continuar sua vida dentro dos padrões da sociedade, opostamente, tem se revelado um meio em que a delinquência somente se acentua, pois estimula a desumanidade dos presos.

Portanto, aos presos, ao serem colocados em um ambiente superlotado e abarrotado de hostilidade, imundice e ardis, se veem em situação em que muitas vezes não lhes restam outra opção senão aderir aos hábitos criminoso, que apesar de ruins garantem sua sobrevivência naquele lugar.

A superlotação carcerária que alcançamos neste país é imensurável, apesar de nossas leis serem completas e aplaudidas por outras nações, no campo prático é uma vergonha. Pois, diversos são os direitos e garantias criadas especialmente para o preso e a melhor forma de cumprimento de sua pena. Entretanto, raras as leis praticadas em favor do recluso.

É neste cerne, que trouxemos a discussão sobre a responsabilidade civil do Estado, pois restou comprovada a parcela de culpa Dele no problema da superlotação carcerária, e como em qualquer outra esfera do direito, quando um dano é causa a outrem o mesmo deve ser indenizado.

Essa indenização, no caso de sua negação, será mais um direito cerceado do encarcerado, como se já não bastasse ele se abster de diversos direitos humanos e fundamentais quando enclausurado em sua jaula.

Finalizamos, por fim, com reflexão de Nelson Mandela que serviu de introito para o relatório final da CPI do sistema carcerário brasileiro, em 2009: “*Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios*” (NELSON MANDELA).

6 REFERÊNCIAS

ÂNGELO, Milton. **Direitos humanos**. São Paulo: LED – Editora de direito Ltda, 1998.

BARCELOS. Viviane Martins. **A ineficácia do sistema penitenciário brasileiro em detrimento das normas positivas existentes**. Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica de Brasília. 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Duetto, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de Direito Penal**. Porto Alegre: Acadêmica: EDI – PUCRS, 1993.

BRASIL. **II Caravana - Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília. 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/prisional.html>> Acesso em: 07/06/2012.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar ; n. 384)

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Recurso Especial nº 1024298 / MS. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, julgado em 07/10/2010, DJe 21/10/2010)

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Recurso Especial 962.934/MS, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 580252 RG, Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 17/02/2011, DJe-109, divulg 07-06-2011, public 08-06-2011 e ment vol-02539-02, pp-00325.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 580252 RG, Relator: Ministro Ayres Britto, julgado em 17/02/2011, DJe-109, DIVULG 07-06-2011, PUBLIC 08-06-2011, EMENT VOL-02539-02, PP-00325.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ato ilícito e Dano. Agravo Regimental no Agravo 933.355/MS, Relatora: Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm#Prisao> Civil e Depositário Infiel - 3. Acesso em: 17 abril 2012.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – Pleno – MS 22.164/SP – Rel. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995. p. 238

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** / tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba, PR: Juruá, 2001.

FERNANDES, Newton. **A falência do sistema prisional Brasileiro**. São Paulo: RG, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume I: parte geral. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3ª Ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

_____, João José. **Penitenciarismo Brasileiro, sombra sinistra da sociedade desajustada em que vivemos**. Revista dos Tribunais, vol. 706, p. 432, agosto, 1994.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, volume 2: obrigações e responsabilidade civil – 3. Ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004.

MARINELA, Fernanda. **Responsabilidade civil do estado e a superlotação carcerária**. Disponível em:

<http://www.injur.com.br/pg/videos/play/group:4/93221/responsabilidade-civil-do-estado-e-a-superlotação-carceraria-prof-fernanda-marinela> acessado em 14/04/2011

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. - 4. ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Helly Lopes de. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artg. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; Mattos. Vírgilio de. **Estudos de execução criminal – Direito e Psicologia**. Belo Horizonte: TJMG/CRP, 2009.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. Florianópolis: Ed. da UFSC. 2 ed. ver. e ampl, 1996.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SÁ, Geraldo Ribeiro de. **A prisão dos excluídos : origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: EDUFJF, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed.rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros: 2007.

SILVA, Luiz Claudio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO. Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora RT, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008.

TELLES, Galvão. **Direito das obrigações**. São Paulo: Coimbra, 2003.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.